

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Droit de la distribution et internet

Jacquemin, Hervé; Bourguignon, Camille

Published in:

Actualités en matière de rédaction des contrats de distribution

Publication date:

2014

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Jacquemin, H & Bourguignon, C 2014, Droit de la distribution et internet. Dans *Actualités en matière de rédaction des contrats de distribution*. UB³, Numéro 47, Bruylant, Bruxelles, p. 121-156.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

DROIT DE LA DISTRIBUTION ET INTERNET

HERVÉ JACQUEMIN

CHARGÉ D'ENSEIGNEMENT À L'UNIVERSITÉ DE NAMUR (CRIDS)

CHARGÉ DE COURS INVITÉ À L'UCL

AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES (ULYS)

CAMILLE BOURGUIGNON

AVOCATE AU BARREAU DE PARIS (ULYS)

INTRODUCTION

1. Utilisation croissante des technologies de l'information et de la communication. Les technologies de l'information et de la communication ne cessent de se développer et sont désormais utilisées dans tous les domaines de la vie économique. Qu'il s'agisse des relations professionnelles ou des habitudes de consommation, on se tourne presque « naturellement » vers son smartphone, sa tablette ou son ordinateur pour « se connecter » à l'internet. L'outil permet en effet de recueillir des informations de manière interactive et personnalisée, d'échanger des courriels et, dans ce cadre, de nouer des relations commerciales.

2. Droit de la distribution et TICs. Sans surprise, le domaine de la distribution illustre également le phénomène.

Entre le producteur et le client final, le bien ou le service a pu suivre une chaîne commerciale de distribution longue et complexe, marquée par l'intervention d'un nombre plus ou moins élevé d'acteurs économiques.

Certes, le producteur peut vendre directement ses biens (ou fournir ses services) au consommateur final. En pratique, on constate néanmoins qu'il fera souvent appel à des intermédiaires

commerciaux, chargés de prendre contact avec d'autres intermédiaires ou de faire directement le lien avec le client final, qu'il soit consommateur ou pas. Il est en effet devenu très difficile, pour ne pas dire impossible, de gérer seul – et de manière performante – toutes les étapes de la distribution d'un produit. Les acteurs économiques en sont parfaitement conscients et, avec pragmatisme, ils préfèrent se concentrer sur les tâches dans lesquelles ils sont les plus compétitifs. Suivant le contrôle que le producteur souhaite exercer sur son réseau de distribution et la manière dont il conçoit sa relation avec les intermédiaires en aval et, en bout de chaîne, avec le client, les parties opteront pour l'une ou l'autre figures contractuelles généralement usitées. Il peut s'agir de l'agence commerciale, de la franchise, du courtage, de la commission, du mandat, de la concession de vente exclusive, etc. (1)

Suivant le cas, la marge de manœuvre des parties dans la définition de leurs obligations contractuelles respectives sera assez large ou, au contraire, plus réduite. Le législateur est en effet intervenu pour encadrer certaines de ces opérations contractuelles (ou certaines étapes de celles-ci), le cas échéant par l'adoption de dispositions impératives. On songe à la loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée déterminée (2), à la loi du 13 avril 1995 sur le contrat d'agence commerciale (3) ou à la loi du 19 décembre 2005 sur l'information précontractuelle dans le cadre des accords de partenariat commerciale (4).

Quel que soit le modèle contractuel retenu, l'internet constitue assurément un outil largement usité et, schématiquement, on peut y recourir à des stades différents, qui se distinguent les uns des autres par les questions juridiques particulières qui en résultent.

3. L'internet comme mode de conclusion du contrat ou comme moyen de distribution. L'internet peut d'abord être utilisé dans les

(1) De manière générale, sur ces contrats d'intermédiation commerciale, qu'ils fassent ou pas l'objet de dispositions légales spécifiques, voy. N. THIRION *et al.*, *Droit de l'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 477 et s. ; Y. DE CORDT, C. DELFORGE, Th. LÉONARD, Y. POULLET, avec la coll. de H. JACQUEMIN, *Manuel de droit commercial*, Limal, Anthémis, 2011, pp. 331 et s. ; P.A. FORIERS, « Le droit commun des intermédiaires commerciaux : courtiers, commissionnaires, agents », *Les intermédiaires commerciaux*, Bruxelles, éd. du Jeune Barreau, 1990, pp. 29 et s.

(2) M.B., 5 octobre 1961.

(3) M.B., 18 janvier 2006.

(4) M.B., 2 juin 1995.

relations contractuelles nouées entre le producteur et un intermédiaire commercial, voire entre deux intermédiaires (Section 1). Rien n'interdit en effet que les parties recourent aux TICs à l'une ou l'autre étape du processus contractuel, de la phase de négociation à la fin du contrat. Plus précisément, l'internet (sites web et courriels essentiellement) permet de présenter des produits, d'échanger des informations, de conclure un contrat, de facturer électroniquement les opérations, ou d'envoyer un recommandé destiné à rompre la convention. Nous verrons si des obligations particulières s'imposent aux parties en raison du recours aux TICs et de quelle manière lever les obstacles à l'accomplissement de certaines formes par voie électronique.

L'internet peut également jouer un rôle à un stade ultérieur de la chaîne de distribution, au moment de vendre les biens ou de fournir les services au client final (Section 2). L'internet constitue en effet un canal de distribution à part entière, qui pose des questions intéressantes en termes de qualification et de droit de la concurrence (dans le cadre des accords de distribution sélective ou exclusive).

SECTION 1. L'INTERNET COMME MODE DE CONCLUSION DU CONTRAT DE DISTRIBUTION (EN AMONT)

4. Recours aux TICs pour la conclusion du contrat de distribution. Comme pour tout autre contrat, les parties peuvent décider de recourir aux technologies de l'information et de la communication, en particulier à l'internet, au moment de la conclusion de la convention, voire à toute autre étape du processus contractuel (au stade des négociations ou en cours d'exécution de celle-ci).

Aussi peut-on se demander s'il existe des obstacles spécifiques à ce mode de contracter (ou des besoins résultant directement de ce mode de conclusion des conventions) et, dans l'affirmative, si le législateur est intervenu en vue de les lever.

Lorsque les technologies de l'information et de la communication sont utilisées au cours du processus contractuel, l'intervention du législateur se justifie principalement par des considérations de deux ordres : protéger le destinataire des services, supposé en position de

faiblesse dès lors que le contrat est conclu à distance et par voie électronique, d'une part, lever les obstacles formels rencontrés à l'une ou l'autre étape du processus contractuel, d'autre part.

S'agissant des règles matérielles justifiées par ce mode spécifique de contracter, le cadre normatif est finalement assez simple (§ 1^{er}). À partir du moment où le contrat de distribution est conclu entre deux entreprises, on peut écarter les dispositions du Livre VI du Code de droit économique (relatif aux pratiques du marché et à la protection du consommateur), en matière de contrats à distance (5), et ne retenir que certaines dispositions du Livre XII du même Code (sur le droit de l'économie électronique (6)). La plupart des règles encadrant la conclusion des contrats à distance et par voie électronique visent en effet à protéger les consommateurs, dont on suppose qu'ils souffrent d'un manque de connaissance sur des éléments de fait ou de droit du rapport contractuel. Dans les relations nouées entre professionnels (qui ne souffrent normalement pas de la même faiblesse), ces dispositions ne doivent pas être observées ou, à tout le moins, les parties sont autorisées à y déroger conventionnellement.

Par ailleurs, les contrats d'intermédiation peuvent être soumis à diverses exigences de forme, requises pour protéger le professionnel supposé en position de faiblesse (peu importe le mode de conclusion du contrat) ou à des fins probatoires (du moins lorsque les parties décident d'y recourir). Suivant l'étape du processus contractuel, on exige ainsi des mentions, un écrit, un support durable, la mise à

(5) Celui-ci abroge et remplace la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, *M.E.*, 12 avril 2010. Ce Livre VI a été introduit par la loi du 21 décembre 2013 portant insertion du Livre VI « Pratiques du marché et protection du consommateur » dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au Livre VI, et des dispositions d'application de la loi propres au Livre VI, dans les Livres I^{er} et XV du Code de droit économique, *M.E.*, 30 décembre 2013. Ces dispositions ne sont pas encore entrées en vigueur au moment où la présente contribution est finalisée mais elles le seront à brève échéance. Aussi préférons-nous nous référer uniquement à ces nouvelles dispositions.

(6) Le Titre 1^{er} du Livre XII de ce Code abroge et remplace la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information *M.E.*, 17 mars 2003. Il a été introduit par une loi du 15 décembre 2013 portant insertion du Livre XII « Droit de l'économie électronique » dans le Code de droit économique, portant insertion des définitions propres au Livre XII et des dispositions d'application de la loi propres au Livre XII, dans les Livres I et XV du Code de droit économique. Ces dispositions ne sont pas encore entrées en vigueur au moment où la présente contribution est finalisée mais elles le seront à brève échéance. Aussi préférons-nous nous référer uniquement à ces nouvelles dispositions. Ces dispositions transposent la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), *J.O.*, L 178 du 17 juillet 2000.

disposition de documents ou une lettre recommandée à la poste. La question se pose de savoir comment accomplir valablement ces exigences par voie électronique (§ 2).

§ 1. Règles matérielles justifiées par le mode de contracter

5. **Livre XII du CDE sur le droit de l'économie électronique.** Les règles du Livre XII du CDE, en matière d'information et de transparence (art. XII.6 à XII.11) s'appliquent à la fourniture de services de la société de l'information. Il s'agit de « tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire du service » (art. I.18, 1^{er}, du CDE).

Les producteurs, commettants ou franchiseurs qui présentent leurs produits à travers un site web ou recherchent des distributeurs par l'envoi de courrier électroniques fournissent assurément un tel service, peu importe, du reste, qu'un contrat puisse être conclu en ligne ou pas.

Ratione personae, l'observation de ces dispositions ne se limite pas aux services fournis aux consommateurs. Les relations B2C (7) et B2B (8) sont en effet couvertes. Cependant, dans ce dernier cas, il est permis aux parties qui ne sont pas des consommateurs de déroger conventionnellement à certaines dispositions (9). Celles-ci prescrivent des obligations d'information avant la passation de la commande (10) (relatives notamment à la langue de conclusion du contrat ou aux étapes techniques à suivre pour conclure le contrat), la mise en place de moyens techniques permettant d'identifier les erreurs éventuelles commises dans la saisie des données et de les corriger (11) ou l'obligation d'accuser réception de la commande (12).

Les obligations restantes, pour lesquelles aucune dérogation conventionnelle n'est admise, concernent la fourniture d'informations générales sur le prestataire (*infra*, n° 6) et la communication des conditions contractuelles (*infra*, n° 7).

(7) *Business to Consumer*.

(8) *Business to Business*.

(9) Voy. les dispositions énumérées à l'art. XII.10 du CDE.

(10) Art. XII.7, § 1^{er}, du CDE.

(11) Art. XII.8 du CDE.

(12) Art. XII.9 du CDE.

6. Informations générales sur le prestataire. Les parties (mêmes professionnelles) sont ainsi tenues de respecter les dispositions de l'article XII.6 du CDE qui exige du prestataire d'un service de la société de l'information qu'il assure un accès facile, direct et permanent à certaines informations visant principalement à l'identifier et à prendre contact avec lui (13) (nom, adresse, numéro d'entreprise et, le cas échéant, de TVA, etc.). Cette obligation de transparence doit bénéficier au destinataire du service et aux autorités publiques.

S'agissant spécifiquement des renseignements relatifs à la manière dont le destinataire du service peut entrer en contact avec le prestataire, il convient de noter que, dans un arrêt du 16 octobre 2008, la Cour de justice des Communautés européennes a répondu à une question préjudicielle relative à l'interprétation de l'article 5, § 1^{er}, c), de la directive sur le commerce électronique (14) (transposé à l'art. XII.6, § 1^{er}, 3^o, du CDE). Cette disposition impose au prestataire de communiquer ses coordonnées, « y compris son adresse de courrier électronique, permettant d'entrer en contact rapidement et de communiquer directement et efficacement avec lui » (15). Après avoir établi que d'autres moyens de communication qu'une adresse de courrier électronique doivent être mis à la disposition du destinataire d'un service de la société de l'information, elle détermine quels pourraient être ces moyens, eu égard aux exigences posées par la disposition (contact rapide, communication directe et efficace). Le téléphone répond aux critères posés par l'article 5 de la directive. Il ne s'agit toutefois pas du seul autre moyen de communication envisageable. La Cour mentionne également les « communications établies par contacts personnels dans les locaux du prestataire de services avec une personne responsable ou au moyen d'un télécopieur » (point 31). Un formulaire de contact peut également satisfaire à ces exigences pour autant que la communication soit directe et efficace (et tel est le cas lorsque, comme en l'espèce, le délai de réponse oscille entre 30 et 60 minutes) (16).

(13) Les parties qui ne sont pas des consommateurs peuvent déroger conventionnellement à l'hypothèse visée à l'art. XII.6, § 1^{er}, 8^o, du CDE (qui a trait aux codes de conduite éventuels).

(14) C.J.C.E., 16 octobre 2008, aff. C-298/07, *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände, R.D.T.I.*, 2009/34, p. 59, note D.W. KÄRRE, *Comm. com. elect.*, mars 2009, n° 26, p. 36, note Ph. STOFFEL-MUNCK. À ce sujet, voy. H. JACQUEMIN, « Le consentement électronique en droit européen », *J.D.E.*, 2009, pp. 135-136, n° 4.

(15) Nous soulignons.

(16) Il reste à s'interroger sur la réserve formulée par la Cour à propos du formulaire électronique. Il ne peut en effet suffire dans des situations où un destinataire du service, se trouvant, après la prise de contact par voie électronique avec le prestataire de service, privé d'accès au réseau

Il est également interdit aux parties de déroger conventionnellement au § 2 de l'article XII.6, aux termes duquel, « sans préjudice des autres exigences légales ou réglementaires en matière d'indication des prix, lorsque les services de la société de l'information mentionnent des prix, ces derniers sont indiqués de manière claire et non ambiguë et précisent notamment si les taxes et les frais de livraison sont inclus ». Cette disposition devrait cependant rester théorique dans la mesure où, dans les contrats de distribution, les prix constituent des informations confidentielles, ressortissant aux secrets d'affaires des entreprises, et qu'il n'est logiquement pas d'usage de les diffuser sur le site web. On peut d'ailleurs s'étonner qu'il ne soit pas permis aux parties qui ne sont pas des consommateurs de déroger à cette exigence.

7. Mode de communication des conditions contractuelles. Conformément à l'article XII.7, § 2, du CDE, « les clauses contractuelles et les conditions générales communiquées au destinataire doivent l'être d'une manière qui lui permette de les conserver et de les reproduire ».

Cette disposition exige que les conditions générales d'utilisation du site, qui seraient par exemple accessibles par un lien hypertexte figurant sur la page d'un producteur ou d'un franchiseur, puissent être imprimées par le destinataire ou enregistrées sur le disque dur de son ordinateur.

On rappelle par ailleurs que les conditions contractuelles ne sont opposables à leur destinataire que si ce dernier a eu la possibilité de les connaître, de manière effective, avant la conclusion du contrat, et s'il les a acceptées de manière certaine (fût-ce tacitement) (17).

électronique, demande à ce dernier l'accès à une voie de communication non électronique » (point 40). Sont visées des situations qualifiées de « plutôt exceptionnelles » telles qu'un voyage, un congé ou une mission de travail (point 36). En définitive, le recours au « tout électronique » n'est pas consacré par la Cour puisque les prestataires doivent mettre en place des moyens de contact non électroniques, avec les charges financières et organisationnelles qui en résultent, si d'aventure ces hypothèses exceptionnelles se produisent (avec le risque de discussion sur l'existence et la preuve de telles circonstances). Aussi peut-on se demander si, sur ce point, la Cour n'est pas trop exigeante. Pour un commentaire critique de cet arrêt, voy. D.W. KÄRRE, « Portée et sanction de l'obligation des prestataires de services Internet de rendre accessibles les coordonnées de communication », note sous C.J.C.E., 16 octobre 2008, *R.D.T.I.*, 2009, pp. 65-71.

(17) Sur l'opposabilité des conditions générales, en particulier lorsqu'elles sont fournies en ligne, voy. Q. VAN ENIS, « L'opposabilité des conditions générales off-line et on-line : de la suite dans les idées ! », *Les conditions générales. Questions spéciales*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, pp. 9-26 ; I. COLLARD et J.-F. HENROTTE, « Les conditions générales en ligne : cherchez l'intrus », *R.D.T.I.*, 2009, pp. 11-28.

§ 2. Accomplissement des exigences de forme par voie électronique

8. **Panorama des exigences de forme à respecter dans les contrats de distribution commerciale.** L'examen des règles applicables aux principaux contrats de distribution montre que des exigences de forme peuvent être requises à différentes étapes du processus contractuel (écrit, mentions, lettre recommandée, signature, mode de communication de l'information, etc.).

Ces exigences de forme peuvent avoir pour but de protéger l'une des parties supposée en position de faiblesse dans le cadre d'un rapport contractuel donné ou poursuivre seulement un objectif probatoire, les parties étant *a priori* sur un pied d'égalité.

Le législateur recourt abondamment au formalisme contractuel comme mécanisme de protection de la partie faible en droit de la consommation, l'infériorité supposée du consommateur étant généralement admise (18). Le phénomène s'observe également – mais dans une mesure moindre – dans les relations entre professionnels (19), et notamment dans la loi sur l'information précontractuelle dans le cadre des accords de partenariat commercial, la faiblesse de la personne qui reçoit le droit (généralement un franchisé) résidant principalement dans un manque de connaissance sur des éléments de droit ou de fait du rapport contractuel (20). La loi impose ainsi que le projet d'accord ainsi que le document particulier reprenant les informations énumérées à l'article 4 de la loi soient « mis à disposition par écrit ou sur un support durable et accessible à la personne qui reçoit le droit » (art. 3). Ces exigences sont loin d'être anodines puisque, conformément à l'article 5 de la loi, leur non-respect autorise la personne qui reçoit le droit à demander la

(18) Sur ce point, voy. not. H. JACQUEMIN, « Heurs et malheurs du formalisme contractuel comme mécanisme de protection de la partie faible », *D.C.C.R.*, 2013/100-101, pp. 267 et s.

(19) De manière générale, voy. B. DUEVINSON et G. TOSSENS, « Les relations entre professionnels en droit belge », J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 436 et s., n° 3 et s., qui analysent les disparités de compétences dans les relations entre professionnels.

(20) Voy. le résumé et le commentaire article par article, *Doc. parl.*, Ch. repr. sess. ord. 2004-2005, n° 1687/001, pp. 3 et 8. Voy. aussi P. KILESTE et A. SOMERS, « L'information précontractuelle dans le cadre des accords de partenariat commercial », *J.T.*, 2006, p. 257, n° 41 ; A. MONTET HAUGAARD et M. VERHULST, « La nouvelle loi relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial », *DAOR*, 2006, p. 104 ; A. DE SCHOUTHERTE et A. MEULDERS, « Devoir d'information et responsabilité précontractuelle en matière de franchise : quelques réflexions », *R.D.C.*, 2007, p. 958, n° 7.

nullité de l'accord de partenariat commercial dans les deux ans de la conclusion de l'accord.

La loi sur le contrat d'agence commerciale mentionne également l'exigence de l'écrit, revêtu d'une « signature ». Aux termes de l'article 5 de la loi, « chaque partie a le droit, nonobstant toute stipulation contraire, d'obtenir de l'autre partie un écrit signé mentionnant le contenu du contrat d'agence, y compris celui des avenants ultérieurs ». Même si l'on peut considérer que, de manière générale, la loi sur le contrat d'agence commerciale vise à protéger l'agent commercial, eu égard à sa position d'infériorité par rapport au commettant, l'exigence d'un écrit signé n'a pas pour but de protéger la partie faible. L'unique objectif est d'éviter les contestations en offrant un moyen de preuve efficace (21) et, par conséquent, de garantir la sécurité des relations contractuelles. Le contrat d'agence commerciale peut être conclu oralement (22), sans qu'un écrit ne soit établi. Si le législateur avait voulu imposer un écrit pour protéger l'une des parties, il n'aurait pas laissé aux parties la faculté de ne pas établir celui-ci (23). Par sécurité, les parties pourraient toutefois souhaiter disposer d'un document constatant les éléments de leur accord. Dans cette perspective, le législateur belge a introduit l'article 5 précité. On constate que le droit d'obtenir un écrit est offert à chaque partie, ce qui permet de supposer que, sur ce point, elles sont sur un pied d'égalité. En outre, il apparaît que l'écrit présente principalement de l'intérêt dans le chef du commettant, même si l'agent peut également avoir avantage à ce que l'écrit soit établi (24). Certaines clauses

(21) Voy. P. DEMOLIN et Y. BRULARD, *La nouvelle loi sur le contrat d'agence – Loi du 13 avril 1995*, Diegem, Kluwer, 1996, p. 37, n° 150, qui estiment que « la solution adoptée reflète en fait la souplesse en matière de preuve qui est de règle en droit commercial. Le contrat d'agence n'est donc soumis à aucune exigence de forme [...] ».

(22) Cf. VERBRAEKEN et A. DE SCHOUTHERTE, « La loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale », *J.T.*, 1995, p. 468, n° 22 ; P. DEMOLIN et Y. BRULARD, *op. cit.*, p. 37, n° 150.

(23) D'autant que la directive européenne 86/653/CEE, que la loi sur le contrat d'agence commerciale transpose, autorisait les États à prescrire « qu'un contrat d'agence n'est valable que s'il est constaté par écrit » (art. 13, § 2). Le législateur belge n'a toutefois pas suivi cette voie. Voy. les travaux préparatoires de la loi, qui énoncent qu'« il va [...] de soi que le document visé ne constitue pas un contrat écrit car il n'est qu'un texte rédigé unilatéralement, reproduisant le contenu de l'accord oral, y compris celui des avenants ultérieurs. Le droit de chacune des parties d'obtenir de l'autre partie, pendant l'exécution du contrat, un écrit signé mentionnant le contenu du contrat d'agence, s'inscrit dans le cadre d'une bonne entente entre l'agent commercial et le commettant » (*Doc. parl.*, Sénat, sess. extraord. 1991-1992, n° 355/1, p. 9).

(24) En ce sens, J.-P. RENARD, « La conclusion, la durée et la fin du contrat d'agence commerciale après la loi du 13 avril 1995 », *D.A.O.R.*, 1995/37, p. 11 : à propos de l'écrit, cet auteur estime que « dans le chef du commettant, il s'agit là, à nos yeux, d'une nécessité absolue pour diverses raisons [...] L'intérêt du recours à la convention écrite existe aussi, sans doute d'une moindre mesure, pour l'agent ».

doivent par ailleurs être rédigées par écrit (la clause de non-concurrence(25) et la clause de ducroire(26)).

On trouve également l'exigence d'une lettre recommandée dans la loi sur la concession de vente exclusive(27) ou la loi sur le contrat d'agence commerciale(28), lorsqu'il importe de fixer précisément l'accomplissement d'un acte dans le temps, eu égard aux effets qui en résultent (la notification d'un préavis, par exemple).

Indépendamment des règles précitées (ou en complément à celles-ci), la théorie générale des obligations reste d'application. Conformément à celle-ci, aucune exigence de forme n'est cependant imposée, ni *ad validitatem* (puisque ces contrats sont généralement consensuels), ni *ad probationem*. S'agissant normalement de prouver contre une personne dans le chef de laquelle l'acte est de nature commerciale, le principe de la liberté de la preuve est en effet d'application(29). Nonobstant les considérations qui précèdent, force est de reconnaître qu'en pratique – et en toute logique –, le juge aura tendance à accorder plus de foi à un écrit signé par les parties, même s'il est contredit par des témoignages ou des présomptions. Les professionnels sont en mesure d'apprécier les risques au moment de décider si l'acte juridique doit être constaté dans un écrit signé ou si l'on peut se contenter de présomptions, voire de témoignages. Lorsque les enjeux sont importants ou la matière technique, les parties ne manqueront généralement pas de formaliser leur accord comme il se doit.

9. Comment accomplir valablement les exigences de forme par voie électronique ? La question se pose de savoir comment accomplir valablement ces exigences de forme par voie électronique, si les parties décident de recourir aux technologies de l'information et de la communication à l'une ou l'autre étape du processus contractuel. De manière générale, les principales exigences de forme requises dans les contrats de distribution ont en effet été conçues par référence au « papier ».

Après avoir présenté la théorie des équivalents fonctionnels (*infra*, n° 10), qui a été élaborée pour lever les obstacles formels, nous l'appliquons aux exigences les plus souvent rencontrées et susceptibles de

(25) Art. 24 de la loi.

(26) Art. 25 de la loi.

(27) Art. 3615 de la loi.

(28) Art. 18-19 de la loi.

(29) Art. 25 C. comm.

poser problème au moment d'être accomplies par voie électronique, à savoir l'écrit (*infra*, n° 11) et la lettre recommandée (*infra*, n° 12). Nous n'examinons pas les procédés de signature électronique, finalement peu usités en pratique, et pour lesquels les parties peuvent d'ailleurs convenir contractuellement de la valeur probante qui doit leur être attribuées (s'agissant de formalités probatoires).

10. Théorie des équivalents fonctionnels. Dans le courant des années quatre-vingt, parallèlement aux progrès techniques, des auteurs ont rapidement cerné les enjeux juridiques posés par le développement de l'informatique et des technologies de l'information. Ils ont esquissé les premières solutions en la matière, essentiellement sous l'angle du droit de la preuve(30). Si d'autres solutions ont également été proposées(31), la théorie des équivalents fonctionnels a progressivement pris corps, avant d'être consacrée, au niveau international, par la CNUDCI, dans sa loi-type sur le commerce électronique(32).

(30) Voy. en ce sens les réflexions de B. AMORY et Y. POULLET, « Le droit de la preuve face à l'informatique et à la télématique : approche de droit comparé », *D.I.T.*, 1985/5, pp. 11 et s. ; M. FONTAINE, « La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles », *La preuve*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 mars 1987 à l'U.C.L., pp. 1 et s. ; J. LARRIEU, « Les nouveaux moyens de preuve : pour ou contre l'identification des documents informatiques à des écrits sous seing privé ? Contribution à l'étude juridique des notions d'écriture et de signature », *Cahier Lamy droit de l'informatique*, 1988, pp. 8 et s. ; Y. POULLET, « Les transactions commerciales et industrielles par voie électronique. De quelques réflexions autour du droit de la preuve », *Le droit des affaires en évolution. Le juriste face à l'invasion informatique*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 39 et s. ; E. DAVIO, « Preuve et certification sur Internet », *R.D.C.*, 1997, pp. 660 et s. ; R. STEENNOT, « Juridische problemen in het kader van de elektronische handel », *R.D.C.*, 1999, pp. 671 et s.

(31) Plusieurs alternatives ont été proposées en doctrine pour résoudre les difficultés posées par l'accomplissement des formes dans l'environnement numérique. Sur ces arguments, voy. B. AMORY et Y. POULLET, *op. cit.*, pp. 16-17 ; M. FONTAINE, *op. cit.*, pp. 16-20 ; J. LARRIEU, *op. cit.*, pp. 8-9 ; Fr. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, Paris, L.G.D.J., 1994, pp. 73 et s., n° 95 et s. ; Y. POULLET, *op. cit.*, pp. 42-44, n° 5 ; R. STEENNOT, *op. cit.*, pp. 672-673 ; D. GOEBER et E. MONTERO, « La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l'approche fonctionnelle », *D.A./O.R.*, 2000, p. 18. Voy. aussi l'exposé des motifs du projet de loi visant à modifier certaines dispositions du Code civil relatives à la preuve des obligations, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1998-1999, n° 2141/001, pp. 13-15.

(32) Comme indiqué dans le Guide pour son incorporation, « la Loi type propose [...] une nouvelle approche, parfois désignée sous l'appellation "approche fondée sur l'équivalent fonctionnel", qui repose sur une analyse des objectifs et des fonctions de l'exigence traditionnelle de documents papier et vise à déterminer comment ces objectifs ou fonctions pourraient être assurés au moyen des techniques du commerce électronique » (*Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation*, New-York, Publ. des Nations Unies, 1999, p. 21, n° 16). À ce propos, voy. de E. CAPRIOLI et R. SORIEUL, « Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales », *J.D.I.*, 2, 1997, p. 382 ; « Dans leur tentative d'apporter une solution juridique à certains obstacles rencontrés par le commerce électronique, les auteurs de la loi-type se sont constamment référés aux situations juridiques connues dans le monde des documents-papier pour imaginer comment de telles situations pourraient être transposées, reproduites ou imitées dans un environnement dématérialisé ».

(1996). Les travaux de celle-ci ont inspiré les législateurs européen, puis belge.

Cette théorie part du constat que les procédés mis en œuvre dans l'environnement papier pour accomplir les formes prescrites ne peuvent être reproduits comme tels lorsque le contrat est conclu par voie électronique. Si l'on souhaite que des rapports contractuels puissent être noués par ce biais, il doit être possible d'identifier les procédés à mettre en œuvre dans l'environnement numérique. Suivant la théorie des équivalents fonctionnels, on ne définit pas une exigence de forme par référence à un procédé technique particulier (le support papier pour l'écrit, le graphisme personnel et manuscrit apposée directement sur le support pour la signature, etc.) mais à la lumière des fonctions qu'elle permet de remplir (garantir la lisibilité, la pérennité, voire l'intégrité de l'information, pour l'écrit, par exemple). Deux procédés accomplis respectivement dans l'environnement traditionnel (le support papier pour l'écrit, par exemple) et dans l'environnement numérique (un document au format PDF enregistré sur un CD-ROM pour l'écrit, par exemple) sont alors jugés *équivalents* s'ils permettent de remplir les *fonctions* minimales reconnues à la formalité (l'écrit, en l'occurrence). Cette équivalence entre les procédés signifie que, sur le plan juridique, ils ont les mêmes effets et sont interchangeables. Autrement dit, la formalité prescrite est valablement accomplie dans l'environnement numérique lorsque le procédé choisi permet d'atteindre les fonctions reconnues à l'exigence.

À la suite d'une directive européenne de 1999 (33), le législateur belge a d'abord mis en œuvre cette théorie pour la formalité de la signature, en adoptant la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification (34) (ci-après, la loi sur la signature électronique et les services de certification) et l'article 1322, alinéa 2, du Code civil. La directive sur le commerce électronique (35) impose aux États membres de veiller « à ce que leur système juridique rende

(33) Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, *J.O.*, L 13 du 19 janvier 2000.

(34) *M.E.*, 29 septembre 2001.

(35) Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), *J.O.*, L 178 du 17 juillet 2000.

possible la conclusion des contrats par voie électronique. Les États membres veillent notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique » (art. 9, § 1^{er}). Le considérant n° 34 de la directive confirme que les exigences de forme sont clairement visées (36). L'article XII.15 du CDE transpose cette exigence : plus précisément, une clause transversale générale énonce la théorie des équivalents fonctionnels (art. XII.15, § 1^{er}) et trois clauses transversales particulières l'appliquent aux formes les plus fréquentes – l'écrit, la signature et la mention manuscrite – en énonçant les qualités fonctionnelles que le procédé doit préserver dans l'environnement numérique (art. XII.15, § 2). Sous réserve des hypothèses exclues par l'article XII.16 du CDE, des nombreux obstacles formels à la conclusion des contrats par voie électronique sont désormais levés.

Plus récemment, les services d'archivage, d'horodatage et de recommandé électroniques ont également fait l'objet d'une proposition de loi (37). Elle vise à introduire dans le Livre XII du CDE (intitulé « droit de l'économie électronique ») un titre 2 reprenant les dispositions de la loi du 9 juillet 2001 et de nouvelles dispositions sur ces trois services de confiance.

Pour le reste, on constate que le législateur veille désormais à introduire des termes spécialement adaptés, soit à l'environnement papier (le « support papier »), soit à l'environnement électronique (le « support durable »), ce qui dispense de se fonder sur les clauses précitées.

11. Écrit et support durable. Conformément à la loi sur l'information précontractuelle dans le cadre des accords de partenariat

(36) Aux termes de ce considérant, « chaque État membre doit ajuster sa législation qui contient des exigences, notamment de forme, susceptibles de gêner le recours à des contrats par voie électronique. Il convient que l'examen des législations nécessitant cet ajustement se fasse systématiquement et porte sur l'ensemble des étapes et des actes nécessaires au processus contractuel, y compris l'archivage du contrat. Il convient que le résultat de cet ajustement soit de rendre réalisables les contrats conclus par voie électronique [...] ». Des obstacles étrangers aux règles de forme pourraient également être rencontrés (à ce sujet, voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahier du CRID n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 160-161 et les exemples cités).

(37) Proposition de loi du 15 avril 2013 modifiant la législation en ce qui concerne l'instauration du droit de l'économie électronique, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2745/001.

commercial, le législateur donne le choix entre un « écrit » ou un « support durable ». Le support durable est généralement présenté comme une branche d'une alternative mais, dans les législations plus récentes, le choix doit être fait entre le « support papier », spécialement adapté à l'environnement traditionnel, et le « support durable », spécialement adapté à l'environnement numérique (38).

Les fonctions attendues de l'écrit sont énoncées à l'article XII.15, § 2, du CDE, aux termes duquel « l'exigence d'un écrit est satisfaite par une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission ». Le procédé utilisé dans l'environnement numérique doit ainsi garantir la lisibilité, la pérennité et, même si cette fonction est plus controversée, l'intégrité de l'information (39).

La notion de support durable n'est pas définie par la loi sur l'information précontractuelle dans le cadre des accords de partenariat commercial. On trouve cependant des définitions dans d'autres dispositions légales ou réglementaires (40), et notamment dans le CDE, qui comprend la notion comme « tout instrument permettant au consommateur ou à l'entreprise de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter ultérieurement pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées » (41). Il ressort de cette définition que le support durable doit remplir trois fonctions (42) (lisibilité, pérennité, et même si cette fonction est plus discutée, intégrité de l'information), à l'instar de l'écrit (ou du papier dans l'environnement traditionnel). Il constitue donc un équivalent fonctionnel de l'écrit (43). Comme l'a indiqué la Cour de

(38) Art. 11, § 1^{er}, et 14, § 1^{er}, de la loi du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation ; art. 8, § 3, et art. 10 de la loi du 28 août 2011 relative à la protection des consommateurs en matière de contrats d'utilisation de biens à temps partagé, de produits de vacances à long terme, de revente et d'échange ; art. IV.57 du CDE.

(39) Sur les fonctions de l'écrit, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 121 et s., n° 73 et s. (avec les réf. citées).

(40) Voy. par ex. l'art. 1^{er}, 17^e, de la loi du 27 mars 1995 relative à l'intermédiation en assurances et en réassurances et à la distribution d'assurances, *M.B.*, 14 juin 1995.

(41) Art. I.3, 10^e, du CDE.

(42) Voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, op. cit., pp. 367 et s., n° 278. Reprenant également ces trois fonctions, voy. M. DEMOULIN, « La notion de support durable dans les contrats à distance : une contrefaçon de l'écrit ? », *R.E.D.C.*, 2000, p. 364.

(43) Voy. M. DEMOULIN, « La notion de "support durable" dans les contrats à distance : une contrefaçon de l'écrit ? », op. cit., p. 375, qui note qu'« à bien y regarder, on relève de troublantes similitudes

justice de l'Union européenne dans l'arrêt *Content Services* (44), à propos de l'alternative entre l'écrit et le support durable, « le législateur de l'Union a prévu deux solutions fonctionnellement équivalentes et, ainsi, une exigence d'équivalence de tels supports. Dans ces conditions [...], un substitut au support papier peut être considéré comme étant susceptible de correspondre aux exigences de protection du consommateur dans le contexte des nouvelles technologies à condition qu'il remplisse les mêmes fonctions que le support papier » (points 40 et 41 de l'arrêt).

Le considérant n° 23 de la directive sur les droits des consommateurs (45) donne des exemples de procédés susceptibles d'être qualifiés de supports durables (ou, par voie de conséquence, d'écrit, puisqu'il s'agit d'équivalents fonctionnels). Sont ainsi mentionnés « le papier, les clés USB, les CD-Rom, les DVD, les cartes à mémoire ou les disques dur d'ordinateur ainsi que les courriels ». Plus discutée est la question de savoir si une page web répond, ou pas, à la définition fonctionnelle du support durable : pourrait-on imaginer, par exemple, que l'information prescrite par la loi soit mise à la disposition de la personne qui reçoit le droit à travers le site internet de l'entreprise, moyennant l'introduction d'un code d'identification (l'information étant couverte par une obligation de confidentialité) ? (46) Certaines pages web sont modifiées à un rythme quasi ininterrompu, par une multitude d'intervenants (l'intégrité des informations n'est, par conséquent, pas garantie). Une vérification au cas par cas s'impose donc. Dans l'arrêt *Content Services*, la CJUE a ainsi jugé qu'« il ne ressort pas du dossier que le site Internet du vendeur auquel renvoie le lien indiqué au consommateur permet à ce dernier de stocker des

entre la mystérieuse notion de support durable... et celle d'écrit. Par un heureux hasard, les fonctions que chacun serait amené à remplir sont identiques et, d'ailleurs, par un heureux hasard, tout aussi controversées ». L'auteur aborde alors le caractère controversé de la fonction d'inaltérabilité.

(44) C.J.U.E., 5 juillet 2012, aff. C-49/11, *Content Services Ltd*. Pour un commentaire de cet arrêt, voy. H. JACQUEMIN, « Arrêt "Content Services" : l'exigence du support durable dans les contrats à distance », *J.D.E.*, 2012, pp. 243-246 ; S. DE POURCQ, « De informatieverplichting bij verkoop op afstand : een hyperlink die naar een gewone website leidt, volstaat niet », note sous C.J.U.E., 5 juillet 2012, *D.C.C.R.*, 2012/4, pp. 57 et s.

(45) Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, *J.O.*, L 304 du 22 novembre 2011.

(46) Sur cette hypothèse, voy. A. MOTTET HAUGAARD et M. VERHULST, « La nouvelle loi relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial », *D.A.O.R.*, 2006, p. 112.

informations qui lui sont personnellement adressées de manière telle qu'il puisse y accéder et les reproduire telles quelles pendant une durée appropriée en dehors de toute possibilité de modification unilatérale de leur contenu par le vendeur » (point 46).

12. Recommandé électronique. La lettre recommandée poursuit principalement une fonction de communication de l'information. L'envoi recommandé est défini à l'article 131, 9°, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques (47) comme « un service garantissant forfaitairement contre les risques de perte, vol ou détérioration et fournissant à l'expéditeur, le cas échéant à sa demande, une preuve de la date du dépôt de l'envoi postal et/ou de sa remise au destinataire ».

Nonobstant son importance pratique considérable, il faut constater que des incertitudes demeurent quant à la valeur légale des procédés de recommandé électronique.

Conformément à l'article 135, § 2, de la loi du 21 mars 1991, « toutes les obligations reprises dans la présente loi et dans toutes les autres lois relatives aux matières visées à l'article 78 de la Constitution et leurs arrêtés d'exécution qui, concernant les envois recommandés, contiennent les mots « à la poste », « par la poste » ou toute autre référence du même type sont remplies lorsqu'est utilisé un envoi recommandé tel que défini à l'article 131, 9° de la présente loi ou un envoi recommandé électronique conformément à la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques, le recommandé électronique et les services de certification ». Le renvoi à la loi du 9 juillet 2001 est cependant erroné, toute référence au recommandé ayant été supprimée (48). Le législateur belge était déjà intervenu sur ce point en 2007 mais

(47) *M.B.*, 27 mars 1991.

(48) La loi du 13 décembre 2010 modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges et modifiant la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification (*M.B.*, 31 décembre 2010) encadrait les services de recommandé électronique et déterminait les conditions dans lesquelles le procédé mis en place pouvait être jugé équivalent au procédé traditionnel de la lettre recommandée à La Poste, en introduisant diverses dispositions dans la loi sur les signatures électroniques et les services de certification. Cette loi du 13 décembre 2010 a cependant été abrogée avec effet immédiat par une loi du 31 mai 2011 portant des dispositions diverses en matière de télécommunication (*M.B.*, 21 juin 2011).

les dispositions sont devenues caduques (49). Aussi fallait-il espérer qu'il remette l'ouvrage sur le métier pour enfin régler cette question et garantir la sécurité juridique.

La proposition de loi du 15 avril 2013 modifiant la législation en ce qui concerne l'instauration du droit de l'économie électronique traite ainsi du recommandé électronique, qu'elle définit (futur art. I.18, 28°, du CDE (50)) et dont elle consacre expressément l'équivalence avec le recommandé traditionnel, en présumant que les garanties énoncées par la disposition précitée sont satisfaites par le recours à un recommandé électronique (futur art. XII.25, § 9, du CDE).

SECTION 2. L'INTERNET COMME MOYEN DE DISTRIBUTION (EN AVAL)

13. Qualification et concurrence. Si l'on progresse dans la chaîne de distribution, pour examiner les relations entre le dernier intermédiaire commercial et le client final, on constate que l'internet peut également être utilisé et qu'il constitue un canal de distribution particulièrement performant. À l'analyse, la distribution en ligne n'est toutefois pas sans poser de difficultés, en termes de qualification, dans le choix du modèle contractuel (§ 1^{er}), ou en droit de la concurrence (avec les règles applicables aux restrictions verticales) (§ 2).

§ 1. Enjeu des qualifications et choix d'un contrat de distribution particulier

14. Diversité des contrats de distribution. Tenant compte de la nature des engagements qu'elles souhaitent souscrire et des finalités

(49) La loi du 15 mai 2007 fixant un cadre juridique pour certains prestataires de services de confiance (*M.B.*, 17 juillet 2007) règle en effet l'activité des prestataires de services de recommandé électronique. La loi donne délégation au Roi pour déterminer, par arrêté délibéré en conseil des ministres, les obligations spécifiques auxquelles sont soumis chacun des prestataires visés par la loi (art. 16, al. 1^{er}, 1^{er}). L'art. 16 impose au Roi d'intervenir jusqu'au 1^{er} décembre 2007 au plus tard. Il apparaît cependant qu'il n'est pas intervenu. Il faut donc en conclure qu'en l'absence de régime spécifique applicable, notamment, aux prestataires de services de recommandé électronique, l'activité de ceux-ci n'est pas légalement encadrée.

(50) Le service de recommandé électronique est ainsi défini comme « le service qui consiste en la transmission de données électroniques en garantissant forfaitairement contre les risques de perte, d'appropriation par un tiers ou de détérioration des données et fournissant par voie électronique à l'expéditeur une preuve de leur envoi et de leur réception ou refus par le destinataire, et qui est fourni par un prestataire de service de certification se conformant aux dispositions de l'annexe VI du livre XII ». À noter que cette annexe est introduite par l'amendement du Gouvernement du 25 septembre 2013 et relatif à la proposition de loi modifiant la législation en ce qui concerne l'instauration d'un droit du droit de l'économie électronique (*Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2745/004).

poursuivies, les parties opteront pour un modèle particulier de contrat de distribution ou un autre. Comme on le sait, certains de ces contrats sont soumis à des dispositions légales ou réglementaires particulières, qui peuvent contenir des règles impératives.

Partant du principe que l'intermédiaire souhaite recourir à l'internet pour distribuer ses produits auprès des clients finaux, on peut se demander si, mis à part les problèmes éventuels de concurrence (*infra*, § 2), on peut rencontrer des difficultés au moment de qualifier une opération à la lumière du champ d'application des textes potentiellement applicables.

Deux exemples permettent d'illustrer ces difficultés : ils concernent respectivement l'application de la loi du 27 juillet 1961 à la fourniture de contenus numériques (*infra*, n° 15) et la qualification des activités des places de marché électroniques (*infra*, n° 16).

15. Application de la loi du 27 juillet 1961 aux contenus numériques ? Au sens de la loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée, constitue une concession de vente « toute convention en vertu de laquelle un concédant réserve, à un ou plusieurs concessionnaires, le droit de vendre, en leur propre nom et pour leur propre compte, des produits qu'il fabrique ou distribue » (51).

Rien ne s'oppose à l'application de la loi lorsque le produit est vendu ou distribué par le concessionnaire à travers l'internet. On peut toutefois se demander si, avec l'utilisation des termes « vendre » et « produits », la loi doit être observée dans l'hypothèse de contenus numériques. On pourrait en effet imaginer que le concessionnaire souhaite invoquer le bénéfice des dispositions de la loi (pour s'opposer à une rupture du contrat) lorsque le contrat porte sur des logiciels, des jeux vidéos ou des morceaux de musique distribués en ligne.

Si l'on se tient à la manière dont ces notions sont comprises actuellement, on pourrait répondre positivement. Le produit est en effet défini par l'article I.1, 4°, du CDE comme visant « les biens et les services, les biens immeubles, les droits et les obligations ». On doit toutefois rappeler qu'il n'en a pas toujours été ainsi et qu'auparavant, la notion de « produit » désignait en réalité les biens, à comprendre comme les biens meubles corporels, ce qui permet d'écarter

les biens immeubles et les biens incorporels. *Quid* des contenus numériques ? Les discussions doctrinales relatives à la qualification des logiciels, notamment dans le contexte de la responsabilité du fait des produits défectueux ou des ventes de biens de consommation (52), montrent à quel point il est délicat de trancher la controverse. Des auteurs jugent ainsi que les logiciels sont des biens corporels dans tous les cas (53), quand d'autres se montrent plus nuancés et distinguent suivant que le logiciel est exécuté en ligne (auquel cas il est incorporel) ou enregistré sur un support physique (auquel cas, il est corporel) (54).

L'expression « vente » ne permet pas de donner une réponse plus tranchée. Le contrat doit normalement porter sur des « biens » (55) (voy. la définition du « contrat de vente » à l'art. I.3, 33° du CDE). On observe néanmoins qu'au sens de cette définition, peut être qualifié de « contrat de vente », un contrat ayant à la fois pour objet des biens et des services. En outre, et même si l'expression n'est guère appropriée, on constate que le législateur fait encore référence à la vente de services (56). On pourrait également douter de la pertinence de la qualification, s'agissant d'éléments protégés par des droits de propriété intellectuelle. Mais sur ce point également, des incertitudes demeurent puisque la qualification des contrats de fourniture informatique fait l'objet de controverses en doctrine, spécialement en

(52) La question s'est notamment posée pour l'application de la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation (J.O., L 171 du 7 juillet 1999) et de la loi belge de transposition (la loi du 1^{er} septembre 2004 relative à la protection des consommateurs en cas de vente de biens de consommation, M.B., 21 septembre 2004).

(53) M. TENNEIRO et S. GÓMEZ, « La directive 1999/44/CE sur certains aspects de la vente et des garanties de biens de consommation », R.E.D.C., 2000, p. 12 : « un bien électronique (qui consiste en une quantité de données et qui occupe un espace physique, par exemple dans la mémoire d'un ordinateur), doit être considéré comme bien corporel et doit donc être soumis au champ d'application de la directive. Le fait qu'il soit fourni au consommateur dans un support matériel ou à travers un réseau doit être sans importance ».

(54) L. SERRANO, « Article 1^{er}. Champ d'application et définitions », M.C. BIANCA, S. GRUNDMANN et S. STJMS (dir.), *La directive communautaire sur la vente - Commentaire*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 130. Voy. aussi Ch. BIQUET-MATHIEU, « La garantie des biens de consommation - Présentation générale », *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, La Charte, 2005, pp. 64-65 (qui considère que les logiciels ou les enregistrements audio/vidéo vendus sur un support physique sont des biens corporels, tout en admettant que la question est controversée s'agissant des téléchargements).

(55) Au sens de « biens meubles corporels » (voy. l'art. I.1, 6°, du CDE).

(56) On note ainsi le maintien regrettable du mot « vente » dans plusieurs articles de la LPMC - alors même que l'hypothèse visée peut être étrangère à la « vente » du Code civil - ainsi que les expressions de « vente d'un service » (art. 58, § 1^{er}), de « vente ou de livraison d'un produit » (art. 74, 5°) ou de « achat d'un produit ou d'un service » (art. 94, 7°).

(51) Art. 1^{er}, § 2, de la loi.

matière de logiciel standard. Cette opération de mise à disposition d'un bien incorporel préconstitué, sans transfert de propriété et pour une durée souvent illimitée, est, selon les circonstances, qualifiée de vente (57), de louage de chose, de louage d'ouvrage, voire de contrat *sui generis* (58).

L'analyse est assurément complexe : les contenus numériques présentent de nombreux visages, qui appellent des régimes juridiques différenciés. En outre, l'incidence des règles de propriété intellectuelle, de droit international privé ou de droit à la protection de la vie privée doit être prise en compte. Nous croyons nécessaire d'opérer une distinction entre le contenu numérique en tant que tel (film, musique, logiciel, sonnerie de GSM, etc.) et la manière dont celui-ci est fourni à son destinataire (par téléchargement, streaming, sur un support physique, dans le contexte du *cloud computing*, etc.) (59). On pourrait ainsi soutenir que le contenu numérique en tant que tel est de nature incorporelle et ne répond pas à la définition de « bien ». Le cas échéant, il pourrait toutefois être considéré comme un « service » ou bénéficier d'un régime propre. Un régime cohérent pourrait ainsi être appliqué à tout type de contenu numérique. Il faut en effet éviter de traiter de manière différente un même contenu numérique, en fonction de la manière dont il est transmis. Par contre, s'agissant de son mode de fourniture, des qualifications différentes persisteront, suivant qu'il est transmis sur un support physique (CD-ROM, DVD, etc.), qui constitue

(57) Dans une affaire soumise à la Cour d'appel de Luxembourg, la convention entre un cabinet médical et une entreprise informatique, ayant notamment pour objet la fourniture de la version Windows d'un logiciel standard, est ainsi qualifiée de vente par les parties. La Cour d'appel reprend cette qualification, tout en en précisant que « contrairement aux droits acquis par l'acquéreur sur la chose vendue dans le contrat de vente classique, les droits d'exploitation du logiciel concédés aux acquéreurs sont en principe limités à un droit d'usage personnel dans le domaine de l'informatique » (C.S.J. Luxembourg, 5 février 2003, *D.A.O.R.*, 2003/67, p. 47, note H. JACQUEMIN. Qualifiant également l'opération de fourniture d'un logiciel d'« achat-vente », voy. Comm. Courtrai, 23 juin 2003, *T.G.R.*, 2004, p. 286, note Voy. ég. Gand, 28 juin 2002, *T.O.R.*, 2004, p. 386).

(58) Pour un exposé critique des différentes thèses en présence, voy. E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, tiré à part du *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 72 et s., n° 32 et s. et les nombreuses références citées ; *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, 2008, pp. 571 et s., n° 815 et s. ; A. LUCAS, J. DEVEZE et J. PRAYSSINET, *Droit de l'informatique et de l'internet*, Paris, P.U.F., 2001, pp. 488 et s., n° 739 et s.

(59) Sur la distinction entre le support physique et les autres moyens de fourniture des contenus numériques, d'une part, le contenu numérique en tant que tel, d'autre part, ainsi que la qualification de chaque élément, voy. S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 398 et s. ; E. MONTERO, *La responsabilité civile du fait des bases de données*, Namur, P.U.N., 1998, pp. 238 et s. ; A. LUCAS, « La responsabilité civile du fait des choses immatérielles », *Études offertes à Pierre Catala – Le droit privé français à la fin du XX^e siècle*, Paris, Litec, 2001, pp. 816 et s.

un bien meuble corporel ou non. Parallèlement, on doit se rappeler que l'exercice de qualification des contenus numériques n'a de sens qu'à la lumière du régime juridique que l'on souhaite leur appliquer. Il faut d'ailleurs espérer qu'avec les nouvelles dispositions du CDE, qui définissent le « contenu numérique » (60) et lui attribuent un régime spécifique (spécialement en matière de contrats à distance), la réflexion soit désormais lancée, de manière à veiller à ce que cette nouvelle réalité soit correctement saisie par le droit.

Dans l'intervalle, on ne peut que recommander la prudence, s'agissant d'une loi dont l'interprétation doit rester stricte et dont les termes sont en tout cas moins larges que ceux de la loi sur le contrat d'agence commerciale, par exemple (ce dernier portant plus largement sur la conclusion d'affaires relatives à des produits ou des services).

16. Qualification des activités des places de marché électroniques.

Depuis quelques années, on voit fleurir sur la toile de nombreux sites internet – des places de marché électroniques – dont l'objectif est de mettre en relation des vendeurs et des acheteurs potentiels pour les amener à conclure des contrats (61). Parmi d'autres, on peut citer *eBay*, *PriceMinister* ou *2ememain.be*. Plusieurs éléments permettent de les distinguer (62), et notamment le rôle susceptible d'être joué par

(60) Art. I.8, 35° du CDE.

(61) À ce sujet, voy. Ch. RIEFA, « La protection des consommateurs sur les plates-formes de courtage en ligne : point de vue d'outre-manche », *R.E.D.C.*, 2005/4, pp. 333 et s. ; Forum des droits sur l'internet, *Recommandation : Commerce entre particuliers sur l'internet. Quelles obligations pour les vendeurs et les plates-formes de mise en relation*, 8 novembre 2005 (disponible sur <http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/reco-pap-20051108.pdf>) ; F. MAS, « L'esquisse d'un régime spécifique du courtage aux enchères par voie électronique », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2006/12, n° 367, pp. 72 et s. ; A. PUTTEMAN, « Réflexions autour des notions de vente et enchères publiques mobilières », *Liber amicorum Jean-Luc Fagnart*, Bruxelles, Anthemis-Bruylant, 2008, pp. 920 et s. ; M. VAN DEN ABBEELE, « La vente publique volontaire d'antiquités, d'objets d'art et de collections », *D.C.C.R.*, 2009, pp. 30 et s. ; G. RUE, « La vente en ligne et le consommateur », *Protection du consommateur, pratiques commerciales et technologies de l'information et des communications*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, pp. 119 et s. ; H. JACQUEMIN, « Les nouvelles règles applicables aux contrats à distance et l'incidence des technologies de l'information et de la communication sur certaines pratiques du marché », H. JACQUEMIN (coord.), *La protection du consommateur après les lois du 6 avril 2010*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, pp. 65 et s. ; E. MONTERO, « Le régime juridique des sites de vente aux enchères sur internet », *D.C.C.R.*, 2011/90, pp. 56 et s.

(62) Sans vouloir réaliser une typologie de ces plateformes, qu'il nous soit permis de relever plusieurs éléments qui les distinguent et peuvent donner lieu à un traitement juridique différencié. D'abord, on observe que les personnes mises en relation peuvent être des entreprises (B2B), des consommateurs (C2C), ou des consommateurs et des entreprises (B2C). Ensuite, l'objet même de la vente peut différer puisqu'elle peut porter sur des biens meubles ou immeubles. Le processus dynamique qui permet de désigner l'acheteur est également un élément de distinction : des procédures d'enchères ou, au contraire, d'achat immédiat, peuvent être établies.

la plateforme : tantôt l'intermédiaire se borne à mettre en contact les vendeurs et les acheteurs, sans participer en aucune manière à la désignation de ces derniers, tantôt son intervention est plus prononcée puisqu'il peut organiser des mécanismes d'enchères, voire procéder à l'adjudication même du bien.

Dans ce contexte, on peut s'interroger sur la qualification des activités de la plateforme, dans son rôle d'intermédiation entre les vendeurs et les acheteurs, à la lumière des principaux modèles de contrats de distribution (63). À l'analyse, il semble que le modèle du courtage (qui consiste, dans le chef du courtier, à mettre en relation des personnes en vue de leur permettre de réaliser une opération donnée, sans que le courtier ne soit partie à celle-ci) soit le plus souvent retenu, même si l'on doit reconnaître que la manière dont les parties – et plus précisément le courtier, soit la place de marché – définissent contractuellement leurs obligations respectives tend à s'éloigner des conditions du courtage de droit commun (64).

En tout état de cause, on veillera à ne pas confondre la qualification de l'activité d'intermédiation et l'application du régime d'exonération de responsabilité dont bénéficient certains prestataires intermédiaires fournissant un service de la société de l'information (pour leurs activités de simple transport, de stockage des données sous forme de cache et d'hébergement). Dans certaines décisions, la jurisprudence française avait ainsi exclu l'application du régime d'exonération de responsabilité (au titre de l'activité d'hébergement de la plateforme) sous prétexte que la place de marché électronique devait être considérée comme un courtier (65). À la suite de la jurisprudence récente de la Cour de justice, en particulier l'arrêt *L'Oréal c. eBay* (66), on admet qu'une application distributive des règles s'impose (67), le prestataire intermédiaire pouvant bénéficier de l'exonération de responsabilité en qualité d'hébergeur pour

(63) Pour un examen des principales formes d'intermédiation commerciale et leur application aux places de marchés électroniques, voy. E. MONTERO, « Le régime juridique des sites de vente aux enchères sur internet », *D.C.C.R.*, 2011/90, pp. 68 et s.

(64) À ce sujet, voy. E. MONTERO, « Le régime juridique des sites de vente aux enchères sur internet », *D.C.C.R.*, 2011/90, pp. 68 et s., avec les réf. citées.

(65) Voy. not. Paris, 3 septembre 2010, arrêts *eBay c. LVM*, *eBay c. Parfums Dior*, *Kenzo*, *Givenchy* et *Guerlain* et *eBay c. Christian Dior Couture*, disponibles sur www.legalis.net.

(66) C.J.U.E. (gde chambre), 12 juillet 2011, aff. C-324/09, *L'Oréal et autres c. eBay*.

(67) À ce sujet, voy. E. MONTERO et H. JACQUEMIN, « Commerce électronique et contrats de l'informatique », *Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information* (2009-2011), *R.D.T.I.*, 2012/48-49, pp. 23-24.

certaines de ses activités, et se la voir refuser pour d'autres services, lorsqu'« au lieu de se limiter à une fourniture neutre de [ceux-ci] au moyen d'un traitement purement technique et automatique des données fournies par ses clients, [il] joue un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle de ces données » (68). On ne peut donc arbitrairement exclure l'exonération de responsabilité sous prétexte que le prestataire intermédiaire peut également être qualifié de « courtier ».

§ 2. Distribution en ligne et droit de la concurrence.

a. Droit de la concurrence et restrictions verticales – principes et enjeux

17. Distribution sélective ou exclusive. Pour maîtriser la distribution de ses biens ou services, le producteur peut opter pour la distribution exclusive (par le biais de la concession de vente exclusive, par exemple) ou pour la distribution sélective (en passant par la franchise par exemple).

Comme l'indique la Commission européenne dans ses *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, dans le cadre d'un accord de distribution exclusive, « le fournisseur accepte de ne vendre ses produits qu'à un seul distributeur en vue de leur revente sur un territoire déterminé. Dans le même temps, le distributeur est souvent limité dans ses ventes actives vers d'autres territoires (exclusifs) » (69). Le nombre de revendeurs est ainsi limité par le nombre de territoires identifiés, chaque distributeur étant responsable de la distribution sur le territoire qui lui aura été réservé.

Dans un système de distribution sélective, le fournisseur sélectionne ses distributeurs potentiels par une procédure d'agrément, selon des critères d'ordre qualitatif (par exemple, en exigeant d'eux certaines compétences professionnelles) ou quantitatif (par exemple, en fixant le nombre de revendeurs agréés) (70). La Commission note ainsi que, « contrairement à ce qui se passe pour la distribution exclusive, la limitation du nombre de revendeurs agréés ne

(68) C.J.U.E. (gde chambre), 12 juillet 2011, aff. C-324/09, *L'Oréal et autres c. eBay*, point 113.

(69) Communication de la Commission – Lignes directrices sur les restrictions verticales, SEC (2010) 411 Final, *J.O.*, C 130 du 19 mai 2010, point 151 (ci-après, *Lignes directrices sur les restrictions verticales*) ; voy. aussi G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, PUR, 2002, v° « concession » et « distribution exclusive », pp. 190 et 308.

(70) Voy. les *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, point 175.

dépend pas du nombre de territoires, mais de critères de sélection liés tout d'abord à la nature du produit. Une autre différence consiste dans le fait que la restriction en matière de revente ne porte pas sur les ventes actives sur un territoire, mais sur toutes les ventes à des distributeurs non agréés, les revendeurs agréés et les clients finals étant les seuls acheteurs potentiels » (71).

18. Restriction verticale et droit de la concurrence. Ces schémas de distribution constituent des accords verticaux, dans la mesure où ils sont conclus entre des entreprises situées à des stades différents du processus de production et de distribution. On comprend sans peine qu'ils ont pour effet de limiter le nombre et le type de distributeurs pouvant revendre les biens ou les services et, par conséquent, emportent inmanquablement une limitation de la concurrence entre les revendeurs.

En droit de la concurrence, ils constituent normalement une entente prohibée, conformément à l'article 101, § 1^{er}, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après, « T.F.U.E. ») ou à l'article IV.1. du Code de droit économique.

Conscient que le libre jeu de la concurrence doit s'effacer devant des accords susceptibles de procurer une satisfaction plus grande aux consommateurs, du point de vue de l'intérêt général, le législateur a conçu cette interdiction de manière relative. Une entente peut ainsi être admise dans le respect des conditions posées à l'article 101, § 3, du T.F.U.E. : elle doit pour cela (1) contribuer ou améliorer la production ou la distribution des produits ou promouvoir le progrès technique ou économique ; (2) réserver aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte ; (3) ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif visé et (4) ne pas éliminer totalement la concurrence.

L'exemption peut être individuelle ou par catégorie.

Compétente en vertu du règlement 19/65/CEE pour appliquer, par la voie du règlement, l'article 101, § 3, du T.F.U.E. à certaines catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées correspondant à la définition de l'article 101, § 1^{er}, la Commission européenne a adopté, le 20 avril 2010, le règlement dit « d'exemption par catégorie »

(71) *Ibid.*

(UE) n° 330/2010, entré en vigueur le 31 mai 2010 (72). Il remplace le règlement (CE) n° 2790/1999, arrivé à expiration au même moment.

Peuvent bénéficier de l'exemption par catégorie, prévue par le règlement n° 330/2010, les accords verticaux d'achat ou de vente de biens ou de services qui ont été conclus entre entreprises non concurrentes, entre certaines entreprises concurrentes ou par certaines associations de détaillants de biens (73). Ce règlement pose le principe selon lequel les effets anticoncurrentiels de certains accords verticaux, qui correspondent à la définition de l'entente interdite de l'article 101, § 1^{er}, du T.F.U.E., sont présumés être moins importants que les gains d'efficience qui en résultent (améliorer la production ou la distribution et réserver aux consommateurs une partie équitable des avantages corrélatifs).

En vertu du règlement n° 330/2010, les gains d'efficience de l'accord vertical sont présumés l'emporter sur ses effets anticoncurrentiels, dès lors que la part de marché détenue par chaque entreprise partie à l'accord sur le marché en cause ne dépasse pas 30%. La dite présomption tombe en revanche, et l'accord ne bénéficie pas de l'exemption par catégorie, s'il dépasse le seuil des 30% de parts de marché ou s'il contient une restriction caractérisée.

Il pourra toutefois toujours bénéficier d'une exemption individuelle sur le fondement de l'article 101, § 3, du T.F.U.E., si les quatre conditions précédemment évoquées sont remplies.

En définitive, les contrats de distribution mentionnés précédemment peuvent, en tant qu'ils constituent des accords verticaux, bénéficier de l'exemption par catégorie prévue par le règlement n° 330/2010, ou de l'exemption individuelle de l'article 101, § 3, du T.F.U.E.

(72) Règlement de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'art. 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *J.O.*, L 102 du 23 avril 2010. En doctrine, voy. not. L. IDOT, « Aperçu du nouveau régime des accords verticaux », *Europe*, n° 7, juillet 2010, étude 8, p. 6 ; M. CHAGNY ET S. CHOISY, « Les nouvelles règles applicables aux restrictions verticales de concurrence. - Quels changements pour la distribution en ligne ? », *J.C.P.*, G 27, 5 juillet 2010, pp. 774 et s. ; G. TOUSSAINT-DAVID, « Les nouvelles règles de concurrence communautaires applicables aux réseaux de distribution », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 4, juillet 2010, dossier 19, p. 28 ; F. CHAPUT, « Contrôler sa distribution : l'impossible pari », *J.C.P.*, E 41, 14 octobre 2010, p. 1893 ; A. GURIN, « Nouvelles règles relatives aux restrictions verticales », *J.C.P.*, E 2, 20 janvier 2011, p. 1027.

(73) Voy. le considérant n° 3 du Rég. (UE) n° 330/2010.

19. Restriction verticale et internet. Les contrats de distribution, fondés sur une maîtrise par le fournisseur de ses revendeurs, peuvent paraître *a priori* peu compatibles avec une insertion de l'internet dans le système de distribution.

En effet, comment maintenir un système de distribution exclusive, dans lequel chaque distributeur bénéficie d'une exclusivité de revente sur un territoire déterminé, s'il est reconnu par ailleurs une possibilité alternative de vente par le biais de l'internet (qui, par définition, n'a pas de frontières et se joue des répartitions géographiques) ?

Par ailleurs, comment conserver les avantages que représentent les systèmes de distribution fondés sur la sélectivité, tant pour le fournisseur que pour les distributeurs, en termes de distribution maîtrisée dans un schéma concurrentiel limité, et en termes d'image du produit ou service ? Le risque existe en effet que, par le biais d'un internet non maîtrisé par le fournisseur, ses biens et services soient distribués par des revendeurs ne répondant pas aux exigences de la sélectivité.

On voit d'ailleurs apparaître de nouveaux acteurs qui, contrairement aux distributeurs traditionnels (dont les ventes ont lieu en magasins physiques), réalisent l'essentiel, si ce n'est l'intégralité, de leurs ventes par internet. On parle des *pure players*. Cette apparition et le commerce d'un type nouveau, en ligne, que ces *pure players* mettent en œuvre, obligent les réseaux de distribution traditionnels à s'adapter pour ne pas subir la concurrence accrue qui en résulte, et surtout, le cas échéant, pour participer à cette mouvance et aux opportunités que l'internet peut offrir.

On comprend sans peine que les difficultés ainsi identifiées sont susceptibles de porter préjudice au producteur, aux autres distributeurs et aux consommateurs finaux.

20. Attitudes possibles du producteur, maître du réseau de distribution, face à l'internet. Le fournisseur, maître d'un réseau de distribution, se trouve face à deux types de choix : celui du recours volontaire et organisé ou non à l'internet dans le cadre de son propre réseau, et celui de l'attitude à adopter à l'égard des *pure players* souhaitant revendre ses biens et services.

Le premier choix du recours ou non à l'internet dans le cadre du réseau de distribution est conditionné par un principe fondamental

exprimé par la Commission européenne dans ses *Lignes directrices sur les restrictions verticales* : « en principe tout distributeur doit être autorisé à utiliser internet pour vendre ses produits » (point 52). Le fournisseur peut décider d'intégrer formellement l'internet dans son processus de distribution et de l'organiser. Le réseau de distribution se construit alors autour de points de vente physiques et de points de ventes virtuels. Les distributeurs traditionnels deviennent des « *click & mortar* », développant une stratégie commerciale « multicanal ». Différentes options pratiques peuvent s'offrir au fournisseur (74). Il peut choisir de créer un site unique à l'ensemble du réseau, qu'il gèrera lui-même. Toutefois, l'interdiction qui lui est faite de ne pas interdire à ses distributeurs d'avoir eux-mêmes recours à l'internet, pour la revente de ses biens ou services, reste la même. Il pourra également décider de laisser la possibilité à chaque distributeur de créer son propre site internet, en lui imposant ou non certaines obligations, par exemple en termes de présentation du site (75).

Le maître du réseau de distribution doit également prendre en compte l'intervention des nouveaux acteurs que sont les *pure players*, et organiser leurs rapports, ou du moins chercher à les anticiper. Dans ses *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, la Commission européenne affirme que le fournisseur a la faculté « d'exiger de ses distributeurs qu'ils disposent d'un ou de plusieurs points de vente physiques, comme condition pour pouvoir devenir membres de son système de distribution » (76).

Le risque de voir des distributeurs agréés par le maître du réseau, fournir, intentionnellement ou non, à des *pure players* non agréés, les biens ou services contractuels, reste toutefois entier.

Par ailleurs, lorsqu'ils sont acceptés au sein d'un réseau de distribution, les *pure players* semblent se plaindre que les conditions d'achat qui leur sont imposées sont « défavorables par rapport à celles négociées par les grandes enseignes traditionnelles présentes à la fois sur internet et sur le canal de la vente hors ligne » (77).

(74) Sur l'ensemble de ces options, voy. S. ALMA DELETTRE, « La cyberdistribution », *J.C.P. Commercial*, Fasc. 815, pp. 16 à 20.

(75) Voy. *infra*, sur la marge de manœuvre du fournisseur.

(76) Lignes directrices sur les restrictions verticales, point 54.

(77) Autorité de la concurrence française, avis n° 12-A-20 du 18 septembre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique, p. 38 ; Voy. aussi M. CHAONY et V. PIRONON, « L'éviction des cybermarchands fera-t-elle long feu ? », *Communication - Commerce électronique*, avril 2013, p. 37.

Face à ces difficultés, la Commission européenne rappelle l'importance de l'application des règles de concurrence. Elle estime nécessaire de « veiller à une application rigoureuse des règles applicables à la distribution sélective [et] à ce que l'accès des citoyens aux services en ligne ne soit pas menacé par des pratiques anticoncurrentielles » (78). Le droit de la concurrence est, ainsi, vu comme l'outil permettant à l'internet de s'insérer dans les systèmes de distribution traditionnels, avec l'affirmation de principe suivant laquelle les distributeurs ne peuvent pas être empêchés de recourir à l'internet.

b. Autorisation du recours à l'internet et possibles limitations

21. Principe d'autorisation du recours à l'internet. On peut concevoir que certains fournisseurs souhaitent limiter, voire exclure, le recours à l'internet dans leur système de distribution. Une telle attitude peut cependant se révéler contraire au droit de la concurrence.

Dans le règlement n° 330/2010 et les *Lignes directrices sur les restrictions verticales* qui ont suivi, la Commission a clairement rappelé (79) le principe suivant lequel « tout distributeur doit être autorisé à utiliser internet pour vendre ses produits » (80). Elle considère en effet, à juste titre, que l'internet est « un instrument puissant qui permet d'atteindre un plus grand nombre et une plus grande variété de clients que par les seules méthodes de vente plus traditionnelles, ce qui explique pourquoi certaines restrictions à son utilisation sont considérées comme une interdiction des (re)ventes » (81).

22. L'interdiction de recourir à l'internet, dans un cadre de distribution exclusive, est une restriction caractérisée ne permettant pas de bénéficier de l'exemption par catégorie. Les distributeurs sont autorisés à utiliser l'internet pour vendre leurs produits dans la mesure

où l'opération constitue une « vente passive » (82) (qui s'oppose à la « vente active »). La conséquence d'une telle qualification de « vente passive » est comprise à la lecture de l'article 4, b), du règlement n° 330/2010, selon lequel doit être qualifiée de restriction caractérisée, excluant du bénéfice de l'exemption par catégorie, le fait « de restreindre le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, un acheteur partie à l'accord, peut vendre les biens ou services contractuels sans préjudice d'une restriction quant à son lieu d'établissement ». La Commission considère, dans ses *Lignes directrices*, que si protection de territoires exclusifs ou de clientèles exclusives il y a, cette protection « doit cependant permettre les ventes passives sur ces territoires ou à ces clientèles » (83). L'article 4, b) ci-dessus mentionné interdit donc toute restriction à une vente passive.

La vente passive est « le fait de satisfaire à des demandes non sollicitées, émanant de clients individuels » (84). Le site internet qui s'adresse à tout client potentiel, sans en désigner un ou une catégorie en particulier, doit être qualifié de la sorte.

En comparaison, il y a « vente active » lorsque le distributeur fait la démarche de prospecter des clients individuels, une clientèle déterminée ou des clients à l'intérieur d'un territoire donné. La démarche peut consister en l'envoi de courriels non sollicités ou en la diffusion d'annonces publicitaires (85).

La distribution sur internet est donc présumée constituer une vente passive. Une telle présomption ne tombera qu'avec la preuve qu'avec son site web, tel distributeur réalisait de la vente active et avait expressément pour but de viser un marché déterminé autre que celui qui lui était réservé.

(82) *Ibid.*

(83) *Ibid.*

(84) *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, point 51.

(85) *Ibid.* Sur la distinction entre « vente passive » et « vente active », voy. égal. : Y. DIETRICH et A. MENAIS, « Réseau de distribution et vente sur Internet », *Juricom.net*, 2 juin 2000, n° 25-26 ; C. STEYER, « Droit de la concurrence », *Droit de l'informatique et des technologies de l'information* ; *Chronique de jurisprudence 1995-2001*, coll. « Dossiers de J.T. », n° 41, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 95, n° 101 ; J.-F. TRIALLE et M. TRONCOSO FERRER, « Réseaux de distribution et commerce électronique », *J.T.*, 2001, p. 175 ; Y. DIETRICH et A. MENAIS, « Réseau de distribution et vente sur Internet », *Juricom.net*, 2 juin 2000, n° 28 ; C. COLLARD et C. ROQUILLY, « Closed Distribution Networks and E-Commerce : Antitrust Issues », *International Review of Law, Computers and Technology*, 2002, p. 83 ; Y. DIETRICH et A. MENAIS, « Affaire Parfumsnet - Commentaire de l'ordonnance de référé du Tribunal de commerce de Nanterre du 4 octobre 2000 », *Juricom.net*, 10 janvier 2001, n° 3.

(78) Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, « Un cadre cohérent pour renforcer la confiance dans le marché unique numérique du commerce électronique et des services en ligne », COM(2011) 942 final, 11 janvier 2012.

(79) Ce principe n'est en effet pas nouveau, et s'inscrit dans la continuité des décisions de la Commission européenne en matière de distribution en ligne ; Voy. en ce sens : Communiqué de presse, 6 déc. 2000, IP/00/1418 : <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/00/1418&format=HTML&aged=1&language=FR&guiLanguage=en>, dans le cadre d'une procédure ouverte contre les pratiques de distribution de B&W Loudspeakers, la Commission européenne a considéré que le système de distribution de B&W Loudspeakers comportait des restrictions caractérisées de la concurrence dont l'interdiction des ventes à distance, y compris par internet.

(80) *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, point 52.

(81) *Ibid.*

Par conséquent, toute limitation de vendre sur le net, imposée par un fournisseur à ses distributeurs, constitue par présomption une restriction à une vente passive et, de ce fait, une restriction caractérisée ne permettant pas de bénéficier de l'exemption par catégorie prévue par le règlement n° 330/2010.

Pourrait également être qualifiée de restriction caractérisée l'obligation imposée au distributeur de rediriger automatiquement (par re-routing) le client se rendant sur son site web vers le site d'un autre distributeur ou vers celui du fournisseur. Il devrait en être de même de l'obligation, pour le distributeur, d'interrompre automatiquement une transaction dès lors que les données bancaires de la carte de crédit utilisée par le consommateur montrent qu'il ne réside pas dans le territoire affecté au distributeur. Enfin, la Commission considère que peut constituer une restriction caractérisée le fait pour le fournisseur d'imposer à son distributeur de limiter la part de ses ventes via internet ou d'imposer au distributeur un prix plus élevé pour des produits destinés à être revendus par internet (86).

23. Jurisprudence de la Cour de justice en matière de distribution sélective. Dans son arrêt *Pierre Fabre* (87), la Cour de Justice de l'Union européenne a décidé que, dans le contexte d'un réseau de distribution sélective, le droit de la concurrence prohibe une interdiction générale et absolue de vente sur internet, confirmant par ailleurs que les possibilités de justification d'une telle restriction s'avèrent purement théoriques (88).

En l'espèce, les contrats de distribution exigeaient que les ventes soient réalisées exclusivement dans un espace physique et en présence d'un diplômé en pharmacie. Toute vente par l'internet était dès lors *de facto* prohibée. La compatibilité de tels accords avec le droit

(86) Lignes directrices sur les restrictions verticales, point 52.

(87) C.J.U.E., 13 octobre 2011, aff. C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique/Président de l'Association de la Concurrence* s.a. ; En doctrine, voy. P. DE BANT ET R. GHERGHINARU, « Vente en ligne et distribution sélective : interdiction sur interdiction ne vaut », *R.D.C.*, 2012/10, p. 975 ; G. DEMBIE, « Arrêt "Pierre Fabre" : le caractère anticoncurrentiel des clauses interdisant la vente en ligne », *J.D.E.*, 2011, p. 297 ; J.-F. BELLIS, M. COQUELET RUIZ ET V. LEFEVER, « Examen de jurisprudence (2006 à 2011) - Droit économique de l'Union européenne - Droit européen de la concurrence », *R.C.J.E.*, 2013, p. 41, p. 680 ; C. VILMART, « Distribution sélective des produits cosmétiques Pierre Fabre et Internet - La C.J.U.E. fait une réponse tautologique », *J.C.P. E.*, 2011, p. 1833 ; L. VOGEL, « La distribution par Internet après l'arrêt Pierre Fabre », *J.C.P. E.*, n° 11, 15 mars 2012, p. 1182 ; L. IDOT, « Distribution sélective et Internet », *Europe*, n° 12, décembre 2011, comm. 471, p. 31.

(88) En ce sens, voy. L. VOGEL, « La distribution par Internet après l'arrêt Pierre Fabre », *op. cit.*, p. 1182.

de la concurrence a été soumise, par le biais d'une question préjudicielle, à la Cour de Justice (89).

La Cour a jugé que « l'article 101, paragraphe 1, T.F.U.E. doit être interprété en ce sens qu'une clause contractuelle, dans le cadre d'un système de distribution sélective, exigeant que les ventes de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle soient effectuées dans un espace physique en présence obligatoire d'un pharmacien diplômé, ayant pour conséquence l'interdiction de l'utilisation d'internet pour ces ventes, constitue une restriction par objet au sens de cette disposition si, à la suite d'un examen individuel et concret de la teneur et de l'objectif de cette clause contractuelle et du contexte juridique et économique dans lequel elle s'inscrit, il apparaît que, eu égard aux propriétés des produits en cause, cette clause n'est pas objectivement justifiée ».

Elle ajoute par ailleurs que : « l'article 4, sous c), du règlement (C.E.) n° 2790/1999 de la Commission, du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, doit être interprété en ce sens que l'exemption par catégorie prévue à l'article 2 dudit règlement ne s'applique pas à un contrat de distribution sélective qui comporte une clause interdisant *de facto* internet comme mode de commercialisation des produits contractuels. En revanche, un tel contrat peut bénéficier, à titre individuel, de l'applicabilité de l'exception légale de l'article 101, paragraphe 3, T.F.U.E. si les conditions de cette disposition sont réunies ».

Si la Cour de justice rappelle qu'une justification par un objectif légitime d'une clause interdisant *de facto* toutes les formes de vente par l'internet peut être soutenue, elle semble réduire à peau de chagrin la possibilité d'une telle justification (90).

Elle a rejeté notamment l'argument avancé par *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* tenant à la sécurité et à la santé publique, selon lequel la vente de ses produits nécessitait la fourniture d'un conseil

(89) Ces contrats ont, en effet, été l'occasion pour la Cour d'appel de Paris de demander à la Cour de justice si une interdiction générale et absolue de vendre sur l'internet constitue une restriction de la concurrence « par objet », si un tel accord peut bénéficier d'une exemption par catégorie, et si lorsque l'exemption par catégorie est inapplicable, cet accord pourrait bénéficier d'une exemption individuelle au titre de l'article 101, paragraphe 3, T.F.U.E.

(90) En ce sens, voy. L. VOGEL, « La distribution par Internet après l'arrêt Pierre Fabre », *op. cit.*, p. 1182.

personnalisé par une personne qualifiée en vue d'éviter un usage improprie de ses produits qui s'avérerait préjudiciable au consommateur (91).

Par ailleurs, l'argument tenant à la protection de l'image du produit ne semble pas pouvoir être invoqué. S'il reconnaît une possibilité, dans des circonstances exceptionnelles, de justifier objectivement en raison de la nature de ces biens ou services ou des consommateurs à qui ils sont vendus, des mesures volontaires d'ordre privé limitant la vente de biens ou services via l'internet, l'Avocat général affirme, dans ses conclusions, que « l'objectif légitime poursuivi doit relever de la sphère du droit public, et donc viser à protéger un intérêt général, allant au-delà de la protection de l'image des produits concernés ou des modalités de commercialisation qu'une entreprise souhaite pour ses produits » (92). La Cour est encore plus tranchée et conclut que « l'objectif de préserver l'image de prestige ne saurait constituer un objectif légitime pour restreindre la concurrence et ne peut ainsi pas justifier qu'une clause contractuelle poursuivant un tel objectif ne relève pas de l'article 101, paragraphe 1, T.F.U.E. » (93).

L'interdiction *de facto* de toutes formes de vente par l'internet imposée par *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* constitue donc une restriction grave de concurrence, ayant pour effet d'exclure le bénéfice de l'exemption par catégorie prévue par le règlement n° 330/2010. La Cour de Justice laisse à la juridiction nationale de renvoi le soin de traiter la question du bénéfice d'une exemption individuelle sur le fondement de l'article 101, § 3.

La juridiction de renvoi – la Cour d'appel de Paris – s'est prononcée le 31 janvier 2013 (94). Elle a confirmé définitivement le principe

(91) C.J.U.E., 13 octobre 2011, arrêt précité, point 44.

(92) Conclusions de l'Avocat général, M. J. MAZAC du 3 mars 2011.

(93) C.J.U.E., 13 octobre 2011, arrêt précité, point 46.

(94) Paris (pôle 5, ch. 5-7), 31 janv. 2013, n° 2008/23812, *Pierre Fabre Dermo-cosmétiques*, JurisData, n° 2009-013725, *Lamy Droit de l'immobilier*, Mars 2013, n° 91, p. 3040 ; C. VILMART, « La distribution sélective condamnée à la vente en ligne », *J.C.P. E*, n° 9, 21 février 2013, p. 1119 ; G. AMER-DE-MANESME, « Il est "interdit d'interdire" la vente en ligne par Internet aux membres d'un réseau de distribution sélective. – Arrêt Pierre Fabre, CA Paris, 31 janv. 2013 », *J.C.P. E*, n° 9, 28 février 2013, p. 1133 ; L. IDOT, « Distribution sélective et Internet », *Europe*, n° 3, mars 2013, comm. 135 ; A. MENDOZA-CAMINADE, « Les réseaux de distribution et la vente par Internet », *J.C.P. E*, n° 15, 11 avril 2013, p. 1202 ; E. WERY et C. BOURGUIGNON, « Un fournisseur peut-il interdire à ses distributeurs de vendre ses produits en ligne ? », *L'Echo*, 8 mai 2013 ; M. CHAGNY, « Il est encore et toujours interdit d'interdire la vente en ligne aux distributeurs agréés ! », *Communication – Commerce électronique*, n° 7, juillet 2013, comm. 78, p. 29.

de l'insertion de l'internet dans les réseaux de distribution commerciale.

La Cour d'appel de Paris, comme la Cour de justice, n'a pas admis l'argument avancé par *Pierre Fabre* tenant à la sécurité et à la santé publique, selon lequel la vente des produits, nécessitant la fourniture d'un conseil personnalisé par une personne qualifiée en vue d'éviter un usage improprie de ses produits qui s'avérerait préjudiciable au consommateur, ne peut se réaliser en ligne.

Pierre Fabre a donc dû autoriser ses distributeurs à recourir à l'internet pour vendre ses produits.

Le doute n'est désormais plus permis : le fournisseur ne peut interdire, de manière générale et absolue, directement ou indirectement, à ses distributeurs agréés de recourir à l'internet pour vendre ses produits.

Cela étant, et dans les limites ainsi tracées, le maître du réseau conserve une certaine marge de manœuvre pour contrôler l'insertion d'internet dans son réseau de distribution.

24. Possible marge de manœuvre du maître du réseau à l'égard d'internet, en conformité avec le droit de la concurrence. Il reste évidemment possible aux entreprises de modaliser – mais sans interdire – l'utilisation de l'internet dans le cadre de leur réseau de distribution (95).

Précisons cependant que, comme le rappellent la Commission européenne dans ses *Lignes directrices* et l'Autorité de la concurrence française dans son Avis de 2012, chaque hypothèse doit être analysée au cas par cas.

Dans ses *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, la Commission considère que constitue une restriction caractérisée à la concurrence toute obligation visant à dissuader les distributeurs désignés d'utiliser l'internet « en leur imposant des conditions pour la vente en ligne qui ne sont pas globalement équivalentes à celles qui sont imposées pour la vente dans un point de vente physique » (96). L'identité entre les conditions imposées n'est certes pas exigée et des différences peuvent être admises entre les

(95) Voy. L. VOGLER, « La distribution par Internet après l'arrêt Pierre Fabre », *op. cit.*, p. 1182.

(96) Lignes directrices sur les restrictions verticales, point 56.

conditions pour les points de vente physiques et la distribution en ligne mais elles doivent être justifiées par la nature différente des deux modes de distribution. Ainsi, le fournisseur peut valablement exiger d'un distributeur qu'il ne vende pas plus d'une certaine quantité de produits contractuels à un utilisateur final individuel en ligne, s'il parvient à prouver qu'il est plus aisé pour un distributeur non agréé de se procurer une grande quantité desdits produits en ligne que hors ligne, et de les revendre ensuite hors du circuit de distribution agréé.

En revanche, une différenciation des conditions tarifaires entre le point de vente physique et la distribution en ligne peut être constitutive d'une restriction caractérisée. Ainsi, convenir que le distributeur paie un prix plus élevé pour des produits destinés à être revendus par internet que pour des produits destinés à être revendus autrement, constitue une restriction caractérisée, en vertu du point 52, d) des *Lignes directrices* (97). Toutefois, la Commission indique qu'une telle différenciation peut être justifiée par le fait que les ventes à réaliser en ligne entraînent pour le fournisseur des coûts sensiblement plus importants que les autres formes de vente (98).

Le fournisseur peut imposer à ses distributeurs de disposer d'un ou de plusieurs points de vente physiques (99) comme condition pour être agréé au sein du réseau de distribution (100). En France, la Cour d'appel de Paris justifie notamment cette exigence par le besoin de permettre un service après-vente efficace (101). À cet égard, la Commission admet même que le fournisseur impose au distributeur de vendre une quantité minimale au sein de son point de vente physique pour assurer le bon fonctionnement du point de vente physique (102).

Dès lors qu'il respecte le principe d'équivalence des conditions entre les points de vente physiques et la distribution en ligne ci-dessus évoqué, le fournisseur peut imposer des normes de qualité pour

(97) Lignes directrices sur les restrictions verticales, point 64.

(98) *Ibid.*

(99) Lignes directrices sur les restrictions verticales, point 54.

(100) La Commission vient ici entériner sa pratique décisionnelle antérieure, voy. en ce sens : Comm. CE, communiqué de presse IP/01/173, 17 mai 2001 ; ou encore Comm. CE, communiqué de presse, IP/02/916, 24 juin 2002.

(101) Paris, 18 octobre 2007, n° 2006/17900, *JurisData* 2007-344770, rendue sur recours contre la décision du Cons. conc. n° 06-D-24 du 24 juillet 2006, Distribution de montres commercialisées sur Internet : Contrats, conc. consom. 2006, comm. 187.

(102) Lignes directrices sur les restrictions verticales, point 52, c).

la distribution en ligne, et notamment pour l'utilisation du site (103). Il peut, par exemple, exiger du distributeur que son site internet présente un certain nombre de liens vers les sites d'autres distributeurs et vers celui du fournisseur (104). Il peut aussi imposer aux distributeurs de ne pas recourir à des plateformes tierces, pour la distribution des produits contractuels (105), et peut ainsi refuser valablement que le site du distributeur soit référencé sur les sites de « places de marché ». Une telle exigence, qui peut viser le respect de l'image de marque ou la prévention de la vente de produits contrefaits ou vendus hors réseaux, peut être admise dès lors qu'elle est nécessaire et proportionnée à l'objectif poursuivi (106).

CONCLUSION

25. Recours croissant et nécessaire à l'internet. Le potentiel de croissance économique généré par le recours aux technologies de l'information et de la communication est indéniable. Aussi se tourne-t-on de plus en plus vers l'internet dans tous les secteurs de la vie de l'entreprise. Le constat se vérifie également en droit de la distribution, où l'internet peut être utilisé en amont (comme moyen pour conclure les contrats entre les producteurs et les intermédiaires commerciaux) et en aval (dans la relation entre l'intermédiaire et les clients finaux).

26. Importance de maîtriser ces aspects dans les réseaux de distribution. Ce recours à l'internet doit se faire de manière maîtrisée, dans le respect des dispositions légales ou réglementaires applicables et en stricte conformité avec le droit de la concurrence.

Si les règles matérielles qui s'imposent aux entreprises restent limitées, elles ne sont pas inexistantes (notamment en matière d'obligation d'information). De même, au moment de recourir à l'internet pour accomplir certaines exigences de forme (pour fournir l'information précontractuelle légalement requise en matière de franchise, par

(103) Lignes directrices sur les restrictions verticales, point 54.

(104) Lignes directrices sur les restrictions verticales, point 52, a).

(105) *Ibid.*

(106) Voy. en ce sens la décision du Conseil de la concurrence français, Cons. conc. n° 07-D-07, 8 mars 2007, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, Contrats, conc. consom. 2007, comm. 122.

exemple), il faut veiller à respecter scrupuleusement les conditions posées par la loi et qui consacrent le principe d'équivalence fonctionnelle, sous peine d'être lourdement sanctionné.

Le recours aux TICs, et le développement de nouvelles formes de produits (les contenus numériques) ou de canaux de distribution (les places de marché électroniques appellent également à une relecture de certaines dispositions légales ou réglementaires, voire à une révision de celles-ci, pour lever les incertitudes persistantes quant à leur application.

Enfin, il faut s'assurer que les règles imposées par les fournisseurs à leurs intermédiaires en aval sont conformes au droit de la concurrence. On peut certes comprendre qu'ils souhaitent conserver la maîtrise de leur réseau mais, dans ce contexte, leur marge de manœuvre est strictement encadrée et en tout cas limitée par l'interdiction d'interdire la distribution en ligne.